Zur Interpretation der lex 15 D. ad exhibendum (X, 4).

Inaugural-Dissertation

von

Dr. jur. James Broh

Kammergerichts-Referendar.

Erlangen.

Berlin 1892.

Gedruckt bei Penner & Janetzke

S.O., Elisabeth-Ufer 30.

Gedruckt mit Genehmigung der hohen juristischen Facultät der Königlichen Universität zu Erlangen.

(Referent: Herr Professor Dr. jur. Hellwig.)

(Lebenslauf auf der letzten Seite).

Meinen teuren Eltern

und

Meinem hochherzigen Gönner

Herrn Fabrikbesitzer

W. Hagelberg

in BERLIN

als schwaches Zeichen

meiner unauslöschlichen Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Litteratur.

Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Auflage von Rudorff.
Klein, Sachbesitz und Ersitzung. 1891.
Bekker, Das Recht des Besitzes. 1880.
Lenz, Recht des Besitzes. 1860.
Demelius, Exhibitionspflicht.
Randa, Besitz nach österreichischem Recht. 2. Aufl.
Jhering, Besitzwille. 1889.
Pininski, Thatbestand des Besitzerwerbes I. 1885.
Bruns, Recht des Besitzés im Mittelalter.
Schmidt von Ilmenau, „Civilistische Abhandlungen".
Unterholzner, Schuldverhältnisse II. 1840.
Glück's Commentar, Bd. 11.
Burckhard, Die cautio damni infecti.
(Fortsetzung von Glück, Büch. 39. 40.)
Ubbelohde, Fortsetzung von Glück, Büch. 43, 44.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts.
Landsberg, Das furtum des bösgläubigen Besitzers.
Wétzell, Civilprozess.
Wach, Arrestprozess.
Bethmann-Hollweg. Civilprozess. Bd. III.
Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht. 1856.
Schmidt, Interdictenverfahren der Römer.
Pagenstecher, Pandectenpraktikum.
Seuffert's Archiv, Bd. IV.
Dollmann, Furtum.

Inhalt.

I. **Thema und Thatbestand.**

1) Thema § 1
2) Thatbestand § 2

II. **Formales Recht. (Die deficirenden Rechtsmittel).**

1) Deficienz der actio furti § 3
2) Nichterwähnung der vindicatio § 4
3) Deficienz der actio ad exhibendum.
   a) Juristischer Besitz § 5
   b) Nescire nach Pininski § 6
   c) Nescire nach Demelius § 7
   d) Die übrigen Erklärungen § 8
   e) Dolus und nescire § 9

III. **Aequitas (Das Labeonische Rechtsmittel).**

1) Indicium vel interdictum § 10
2) Cautio damni infecti § 11
3) Calmunieneid § 12

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0073

I. Teil.

§ 1.

Thema.

L 15 D. Ad exhibendum X, 4. Pomponius libro octavo decimo ad Sabinum. Thesaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait; quia neque possideres eum neque dolo feceris quominus possideres, utpote cum fieri possit ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum iuranti mihi non calmuniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi quo minus eum thesaurum effodiam tollem exportem. Quodsi etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest. —

Der **Thatbestand** ist der, dass der Besitzer eines Grundstücks, in welchem ein fremder Schatz verborgen liegt, dem Eigentümer des letzteren die Ausgrabung nicht gestattet. — Es fragt sich nun, durch welches **Rechtsmittel** der Herr des Schatzes wieder zu dem Besitze desselben gelangt. Labeo versagt unter Approbation von Pomponius, da der Grundherr den Schatz nicht von der Stelle gerückt hat, die actio furti sowohl wie die actio ad exhibendum, weil derselbe weder den Schatz besitzt noch in böser Absicht bewirkt hat, dass er ihn nicht besitzt, da er ja möglicherweise nicht weiss, dass der Schatz sich in seinem Grundstücke befindet. Aus Billigkeit jedoch sei dem Eigentümer des Schatzes, falls er schwöre, dass er nicht aus Chikane diese Forderung erhebe, ein besonderes Indicium oder Interdictum dahin zu ge-

währen, dass, wenn es an ihm nicht gelegen hat, dass dem Grundherrn für den etwa entstehenden Schaden Sicherheit inbezug auf das Werk geleistet wird, dieser ihn nicht daran hindern dürfe, den Schatz auszugraben, zu heben und fortzuschaffen. Wenn nun der Schatz auch ein entwendeter ist, so kann auch die actio furti angestellt werden.

§ 2.

Thatbestand.

Aus dem Zusammenhange geht hervor, dass der thesaurus hier nicht ein solcher im eigentlichen Sinne ist, gemäss der Definition in l 31 § 1 D. De acquir. vel amitt. poss.

> Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat.

Der Schatz in unserer lex hat einen Eigentümer und bedeutet daher, wie noch an anderen Stellen des Corpus juris,[1]) ganz allgemein, um die Worte Savigny's (S. 229) zu gebrauchen: „jede bewegliche Sache, die in einem Grundstücke verborgen liegt."

Ebenso darf man auch den letzteren Ausdruck nicht zu eng fassen. Fundus bedeutet nicht bloss den Grund und Boden, sondern auch, wie Lenz (S. 155 Note 1) den Quellen entsprechend ausführt, „alles, was auf ihm ist, die superficies, omne quod supra faciem fundi. . . . . Fundus cum aedificio (villa) und auch umgekehrt domus cum area gehören so notwendig zueinander, dass sie stets nur einen Besitzkörper ausmachen, l 23 pr. § 21 de pign. act., l 15 § 12 damn. inf."

Danach macht es also von vornherein keinen Unterschied vom Gesichtspunkte des Rechtes, ob der Schatz im Grunde eines Feldes oder in der Mauer eines Hauses verborgen ist. Auch inbezug auf die Behandlung des Falles in unserer lex ist kein Grund ersichtlich, warum ein Unterschied in dieser Richtung gemacht werden sollte. Denn nach der ganzen Sachlage handelt es sich um Sachen, die in Immobilien (im Gegensatze zu Mobilien)

---

[1]) Vgl. z. B. l 22 pr. D. fam. ercisc.

ruhen — zu weiteren Distinctionen liegt kein Anlass, noch weniger ein ausdrücklicher Hinweis in der lex vor.[2])

Wenn nun gesagt wird, dass der Grundherr dem Eigentümer des Schatzes die Ausgrabung nicht gestattet, so ist zweierlei denkbar:

Erstens: Der Eigentümer ist schon beim Ausgraben begriffen und wird an der Fortsetzung derselben von dem Grundherrn gehindert. Hat der Letztere damit ein Recht auf Selbsthilfe, das dem Andern etwa zusteht, verletzt? Mit andern Worten, habe ich nicht das Recht der Selbsthilfe wider Sachen im Besitze Dritter, wenn dieselben der Ausübung meines Besitzrechts an meinen Sachen im Wege stehen? Brauche ich in solchem Falle überhaupt ein Rechtsmittel? Bekker (S. 275), welcher sich ausführlich über diese Frage auslässt, vertritt die Meinung, dass die Analogie der Accessionen entscheidet. Man wird diesen Gesichtspunkt als den richtigen anerkennen müssen und es mit ihm danach in einem Falle, wie dem unsern, für zweifellos halten, „dass der Eigentümer des Schatzes nicht das fremde Grundstück beliebig betreten und durchgraben darf, bis er seine Sache gefunden und wieder an sich gebracht hat.“ Wenn er es also dennoch thut, so übt er Gewalt und hat daraufhin, dass der Grundherr diese Gewalt nicht duldet, kein Klagerecht.

Der Jurist in unserer lex will also seine Erörterung über die dem Schatzeigentümer etwa zustehenden Klagerechte offenbar nur auf Grund der Thatsache anstellen, dass der Kläger von dem Grundherrn die Erlaubnis zur Ausgrabung nachgesucht und nicht erhalten hat.

---

[2]) In Beziehung auf l 3 § 3 D. de acquir, vel amitt. poss., auf welche wir weiter unten (§ 5) noch zurückkommen, sind freilich die verschiedensten Verengerungen des Begriffes „fundus“ im Zusammenhange mit einem darin verborgenen thesaurus unternommen. Um nur ein Beispiel anzuführen, muss Randa (S. 305) in Konsequenz seiner Besitzlehre darunter „ein nicht mit unübersteiglichen Mauern umgebenes Feld“ verstehen!

II. Teil.

§ 3.

Deficienz der actio furti.

Dieser Thatbestand reicht nun nicht zu einer Grundlage für die actio furti hin, und zwar deswegen, weil eine „Locomotion" des Schatzes nicht stattgefunden hat.

Locomotion und furtum stehen auch noch an einer anderen Stelle, nämlich in l 3 § 18 D. de acquir. vel amitt. poss., in Beziehung zueinander; es liegt daher nahe, dieselbe herbeizuziehen.

Sie lautet folgendermassen:

> Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

Unstreitig wird hier, wie Dollmann (S. 19) mit Recht betont, das loco movere als das minimum bezeichnet, was vorhanden sein muss, wenn überhaupt eine contrectatio angenommen werden soll. Nach der Legaldefinition aber, wie sie in l 1 § 3 de furt. enthalten ist,

> „Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gractia . . ."

bildet die contrectatio die Grundlage jedes furtum, dasjenige Moment, wonach zuerst gefragt werden muss, wenn ein furtum in Rede steht.

Labeo hatte also eine weitere Ausführung nicht zu machen, wenn er die Deficienz der actio furti kurz mit der fehlenden Locomotion begründete.

Dieser Ansicht sind denn auch Glück (S. 225) sowohl wie Klein (S. 4 Anm. 8), indem sie beide auf die l 3 § 18 D. de acquir. vel amitt. poss. hinweisen.

Nur Landsberger (S. 145) äussert ein Bedenken. Zwar sieht er in der Betonung des loco movere in unserer lex einen Beweis dafür, dass der animus furandi sich in einer „körperlich auf die Sache einwirkenden Handlung", der contrectatio, äussern müsse, meint jedoch, dass die Fortsetzung der Argumentation in der lex eine abschwächende sei. Er hat damit offenbar den Satz „utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in fundo esse", im Auge, und wenn man diesen Satz in der That mit der Deficienz der actio furti in Verbindung bringt, so muss man das Bedenken Landsbergers für gerechtfertigt halten. Denn dann würde die fehlende contrectatio nicht an und für sich, sondern nur, insofern sie den Mangel des animus furandi als möglich erscheinen lässt, von Bedeutung sein. Wir werden jedoch weiter unten (S. 23) zeigen, dass die Annahme einer derartigen Beziehung des gedachten Satzes grundlos ist.

Unter einer besonderen Voraussetzung würde übrigens auch bei nicht erfolgter Locomotion die actio furti angängig sein. Diese Voraussetzung, die stillschweigend keineswegs in dem von uns erörterten Thatbestande liegt, wird am Schlusse der lex berührt: quod si etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest. Wenn der Schatz von vornherein ein entwendeter ist, z. B. wenn der Grundherr denselben dem Kläger gestohlen und dann in seinem Grundstücke vergraben hat, so würde gegen ihn, auch ohne dass er den Schatz wieder gehoben hat, wegen furtum geklagt werden können.[4]) In der Praxis wird es freilich zwecks Beweises vorher nötig sein, dass der Schatz an das Tageslicht gefördert wird, was der Kläger mit dem Rechtsmittel, welches in unserer lex die deficirende Exhibitionsklage ersetzt, zu bewirken in der Lage ist. Und wenn

[4]) Unter Umständen können dem Eigentümer des Schatzes auch noch andere Klagen trotz nicht erfolgter Locomotion zustehen, vor allem, wenn zwischen ihm und dem Grundherrn ein Kontraktsverhältnis bezüglich dieses Schatzes besteht. Er hat ihm denselben beispielsweise als Depositum übergeben (vgl. Demelius § 26 a. E., Brinz § 324 Anm. 20). Diese Voraussetzungen sind jedoch in dem vorliegenden Thatbestande so wenig enthalten, wie die, dass der Schatz ein entwendeter ist. Dass Labeo dennoch die letztere zu erörtern sich veranlasst sah, liegt daran, dass gerade die actio furti schon in Frage stand.

auch dies Rechtsmittel ihm zugleich den unbeschränkten Besitz seines Schatzes wieder verschafft. („ne vim mihi facias, quominus eum thesaurum effodiam, tollem, exportem), so würde sich doch noch eine nachfolgende actio furti empfehlen, da dieselbe ja als Strafklage auf ein Mehrfaches des Entwendeten geht.

§ 4.

Nichterwähnung der vindicatio.

Bevor wir nun in die Erörterung der neben der actio furti deficirenden actio ad exhibendum eintreten, haben wir das Verhältnis der letzteren zu der vindicatio und insbesondere den Grund darzustellen, warum die vindicatio in unserer lex garnicht in Betracht gezogen ist, obgleich sie doch gerade dem Eigentümer bei Vorenthaltung seiner Sache zusteht.

Nach l 1 D. h. t.:

„Haec actio maxime propter vindicationes inducta est",

soll die actio ad exhibendum ein Hülfsmittel vorzüglich für die vindicatio bilden. Sie erledigt nicht definitiv den Rechtsstreit, sondern ist nur ein provisorisches Rechtsmittel, welches dem Kläger die Grundlagen für die eventuell später anzustellende Hauptklage bieten soll.

Würde nun auch in unserem Falle der Eigentümer des Schatzes, vorausgesetzt, dass er exhibitorisch klagen könnte, später noch anderweitig gegen den Grundherrn vorgehen? Als solche im Hintergrunde stehende Hauptklage könnte bei der sich lediglich auf das Eigentum stützenden Ausführung des Klägers nur die vindicatio in Betracht kommen.[5]) Würde er also, wenn er die Exhibition erlangt hätte, noch die vindicatio anstellen?

Der Fall in unserer lex reiht sich in die Klasse von Fällen ein, wo die Vorenthaltung der Sache sich nur darin manifestirt, dass der Besitzer des Grundstücks, in welchem sie sich befindet, dem Eigentümer die Abholung („tollere") nicht gestattet, ohne sonst

[5]) Wir können es deshalb hier dahingestellt bleiben lassen, ob jedweder Anspruch oder nur die vindicatio nebst einigen anderen Klagen im Hintergrunde der Exhibitionsklage erscheinen, vgl. Brinz II 679, 683 Anm. 22.

Ansprüche auf die Sache selbst zu erheben.[6]) In allen diesen Fällen empfehlen die römischen Juristen statt der vindicatio die actio ad exhibendum. Wenn nämlich die Sache einmal exhibirt, aus dem Bereiche des betreffenden Grundstückes gelangt ist, so besteht weiter kein Rechtsstreit darüber, da der Beklagte Ansprüche auf die Sache selbst nicht erhebt.

Der Vorteil aber, den der Eigentümer hat, wenn er nicht die vindicatio, sondern statt dessen die actio ad exhibendum anhängig macht, ist ein ganz bedeutender. Einmal wird er des schwierigen Eigentumsbeweises überhoben und braucht nur sein Interesse in summarischer Cognition gemäss l 3 § 9, § 13 D. h. t. glaubhaft zu machen.[7]) Dann aber führt die actio ad exhibendum schneller zum Ziele, da sie ausserhalb des actus rerum steht.[8])

In der Praxis wird daher in diesen Fällen ausschliesslich die actio ad exhibendum an Stelle der vindicatio zur Anwendung gekommen sein.

Brinz geht weiter (S. 683 Bd. II). Er behauptet — im Gegensatze zu Demelius (S. 58 u. 73), nach welchem die actio ad exhibendum ausnahmslos ein iudicium directum hinter sich hat — dass hier die vindicatio garnicht angängig sei, da der Grundherr nicht nur nicht das Eigentum des Klägers leugne, sondern auch den Besitz nicht habe.

Was indessen das Nichtleugnen des Eigentums anlangt, so steht ja keineswegs fest, dass, wenn der Grundherr mit der vindicatio belangt wird, er in diesem Falle schon, um dem Kläger die Sache zu erschweren oder womöglich Klageabweisung zu erreichen, das Eigentum desselben bestreitet und den Beweis des Gegenteils erwartet.

Noch weniger können wir das Argument bezüglich des Nichtbesitzes gelten lassen. Dass Brinz nicht den juristischen Besitz meinen kann, ist klar. Er selbst führt (Bd. I S. 651) aus, dass zwar im älteren Vindicationsprozess wegen der Contravindication der blosse Detentor undenkbar Beklagter sein konnte, dass indessen nachmals, da die Vindication auch bei blosser

[6]) Vgl. z. B. l 5 § 2 5. l 9 § 1 D. h. t., l 25 D. de act. empti vend. 19, 1. l 16 D. pr. de praescr. verb. 19, 5. Demelius S. 72. Brinz II S. 683.

[7]) [8]) Vgl. unten § 12.

Leugnung vor sich ging und für den Anspruch auf Restitution die facultas restituendi genügend schien, auch Detention in der Person des Beklagten genügte, wie Ulpian in l 9 D. de rei vind 6, 1 entgegen den Pegasianern entscheidet:

„puto autem, ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse.“ [9])

Brinz kann also nur meinen, dass das „Lagern“ der Sachen auf dem fremden Grund und Boden nicht einmal den faktischen Besitz des Grundherrn begründet. Es ist jedoch nicht abzusehen, welches Moment dazu mangelt. Allerdings genügt, wie allgemein anerkannt ist, zum Begriffe des Besitz- im Gegensatze zum blossen Raum-Verhältnis nicht die Nähe der Sache zu der Person, sondern es muss auch auf Seiten der letzteren das Wissen und der Wille hinsichtlich des Habens vorhanden sein.[10]) Dass nun in den gedachten Fällen der Grundherr von den auf seinem Grundstücke lagernden Sachen Kenntnis hat, setzen die römischen Juristen, als durch die Lage des Falles gegeben, stillschweigend voraus.[11]) Was ferner den Willen betrifft, so müsste derselbe, falls die betreffenden Sachen nur in der Nähe des Grundherrn liegen würden, sich allerdings besonders äussern. Da dieselben aber in seinem Machtbereiche sich befinden, so ist mit dem **Wissen** auch selbstverständlich der Wille vorauszusetzen und erst dann als mangelnd anzusehend, wenn eine gegenteilige Handlung geschehen ist.[12])

Unter allen Umständen aber hat der Grundherr bezüglich dieser Sachen die facultas restituendi.

Könnte aber vielleicht bezüglich der gedachten Fälle noch ein Zweifel bestehen, so ist ein solcher in unserem Falle

[9]) Mit Rücksicht darauf haben wir keinen Anlass auf die von einigen Wenigen vertretene Gegenansicht einzugehen, vgl. Emminghaus, Zschr. f. C. u. Pr., N. F. 18 S. 427 fg.)

[10]) Vgl. Jhering S. 21 fg., Bruns S. 435 fg. — Windscheid (Bd. I § 148 N. 3) erkennt zwar Besitz auch ohne Wissen an, giebt aber zu, dass ein solcher Besitz rechtliche Folgen nicht hat. Anders bekanntlich das A. L. R.

[11]) Ganz zweifellos ist dies der Fall in l 25 D. de act. empti rend. 19, 1. l 16 D. de praescr. verb. 19, 5 (Pomponius!), l 17 § 6 D. 19, 1 (venditori!)

[12]) Das Detentionsverhältnis in diesen Fällen stellt sich in gleicher Weise dar wie das des Finders, vgl. Jhering S. 422 fg.

völlig ausgeschlossen. Denn hier ist ja ausdrücklich gesagt, dass der Grundherr — vorausgesetzt, dass er den Schatz hebt — in den Besitz desselben gelangt. Hier ist also das der Locomotion folgende „Lagern" des Schatzes auf dem Grundstücke mit dem „Besitze" zweifellos identisch. Wie sollte daher Labeo im Falle der Locomotion die vindicatio wegen Nichtbesitzes versagen, so dass sie, selbst diesen Fall der Locomotion vorausgesetzt, garnicht in Betracht zu ziehen sei!

Wenn Labeo der vindicatio also nicht einmal in der negativen Form gedenkt, wie er der actio ad exhibendum und der actio furti gedenkt, so kann dies nicht in der völligen Unzulässigkeit, sondern nur in der Unbrauchbarkeit der vindicatio seinen Grund haben. Wenn der Grundherr den Schatz gehoben hat, so darf er wie in allen anderen Fällen, wo fremde Sachen auf seinem Grund und Boden lagern, die vindicatio anhängig machen. Aber einen Zweck hätte dies neben der Exhibitionsklage nicht. Die letztere reicht hier vielmehr, wie wir oben gezeigt haben, im Gegensatze zu ihrer sonst nur vorbereitenden Bestimmung völlig zur Beendigung des Rechtsstreites aus.

§ 5.

Juristischer Besitz.

Wir wenden uns nunmehr zu der Deficienz der actio ad exhibendum selbst. Den Grund erblickt Schmidt von Ilmenau (S. 36 Anm. 33) unter Berufung auf die bekannte l 3 § 3 D. de acquir. vel am. poss. in dem Mangel des juristischen Besitzes. Die Entscheidung unserer lex sei der Ausfluss einer älteren Meinung, welche im Gegensatze zu der unter den römischen Juristen herrschenden stehe, wonach der faktische Besitz die Grundlage der Exhibition bilde.

Es ist jedoch zum mindesten bedenklich, anzunehmen, dass die Compilatoren in einem verhältnismässig kurzen Titel einen derartigen Gegensatz hätten bestehen lassen. Ulpian stellt freilich in l 3 § 15 D. h. t. den juristischen Besitzer auf eine Stufe mit dem faktischen hinsichtlich der Exhibitionspflicht,

„Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum

non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni."

In l 5 § 6 D. h. t. aber beschränkt er diese allgemeine Aeusserung dahin, dass nur derjenige juristische Besitzer auf die Exhibitionsklage haften solle, welcher auch zugleich den faktischen Besitz der Sache hat:

„si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur".

In letzter Linie also kommt es, wie bei der Vindicatio, nur auf die Detention bezw. die facultas restituendi an.

Völlig unhaltbar aber erscheint die Schmidt'sche Meinung, wenn man damit den prinzipiellen Standpunkt, den der Jurist, welcher Labeo's Entscheidung offenbar zu der seinigen macht, vergleicht. In l 7 § 1 D. h. t. spricht Pomponius es klipp und klar aus, dass es bezüglich der Passiv-Legitimation bei unserer actio auf den juristischen Besitz nicht ankommt:

„Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas."

Als Ergänzung dazu wollen wir noch folgende Stellen anführen, aus denen hervorgeht, dass Pomponius auf den faktischen Besitz die Passio-Legitimation gründet, in gleicher Weise wie die übrigen römischen Juristen. Es ist dies l 4 D. h. t.

„Et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest" (Pomponius).

Alle die hier Genannten sind faktische Besitzer und nicht juristische. Ebenso ist zweifellos in der folgenden lex von juristischem Besitze nicht die Rede, sondern von blosser Detention. Die lex handelt davon, wenn Früchte von dem Baume des Klägers auf das Grundstück des Beklagten gefallen sind. Dort entscheidet Pomponius (l 9 § 1 D. h. t.):

„— si glans extaret, nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur.[13])

Man würde also Pomponius in einen unerklärlichen Wider-

[13]) Demelius (S. 181) führt die beiden letzteren Stellen gegen Schmidt an.

spruch mit sich selbst bringen. wenn man das possidere hier als juristischen Besitz auffasste. Nun zwingt aber der Vergleich mit l 3 § 3 D. de acquir. vel am. poss., auf welche sich Schmidt bezieht, auch garnicht zu einer solchen Annahme. Wenn dort nämlich die Proculische Ansicht dahin geht,

„si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet",

so ist nach der allgemein angenommenen Savigny'schen Erklärung (S. 232) mit Recht dies nur so zu verstehen, dass nach Proculus der faktische Besitz (die naturalis possessio) des Schatzes dann vorhanden ist, wenn der Besitzer des Grundstückes, wo er vergraben ist, darum weiss. Tritt zu diesem Wissen dann noch der Besitzwille, so wird aus dem faktischen Besitze juristischer. Wenn dagegen Sabinus ausführt:

„nec alias eum qui scit possidere nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra",

so geht aus der Art der Begründung hervor, dass, wer nach Sabinus bloss den faktischen Besitz des Schatzes haben will, nicht nur Kenntnis von demselben haben, sondern ihn von der Stelle rücken muss.[14]) Das loco movere bedingt also dort das possidere im Sinne von faktischem Besitze und ist daher auch in unserer lex nicht mit dem juristischen in Verbindung zu bringen.[15]) [15a])

[14]) Damit schneidet Sabinus bezüglich des Schatzes zugleich die principielle, an die Spitze der lex gestellte Frage ab, ob man allein mit dem nackten, in keiner Handlung sich bethätigenden Besitzwillen den juristischen Besitz erlangen könne, wenn bereits der faktische vorhanden wäre.

[15]) Für unsere lex ist auch Klein (§ 4[8]) dieser Ansicht: „ohne Locomotion keine Detention".

[15a]) Um einem etwaigen Missverständnisse vorzubeugen, sei bemerkt, dass im Obigen nicht ein Widerspruch mit § 4 liegt. Dort wird allerdings die Zulässigkeit der vindicatio auf Grund vorhandenen faktischen Besitzes erklärt, während hier die Unzulässigkeit der actio ad exhibendum mit dem mangelnden faktischen Besitze begründet wird. Die Erörterung in § 4 jedoch bewegt sich nur auf dem Boden der Voraussetzung, dass die Locomotion, die hier eben noch nicht vorgenommen ist, bereits erfolgt ist.

§ 6.

Das nescire (nach Pininski).

Die Schluss-Argumentation der Entscheidung Labeo's hat nun mehrere Interpreten dazu geführt, von einer Vertretung der Sabinischen Ansicht in unserer lex überhaupt abzusehen und den letzten Grund der Deficienz der actio ad exhibendum in dem Nichtwissen des Besitzers zu finden.

So meint Pininski (S. 108 Anm. 1), es wäre unzulässig, aus der lex zu schliessen, dass Labeo — anders als in l 3 § 3 D. de poss. Proculus — zum Besitzerwerb des Schatzes ein loco movere unbedingt verlangte. Im Gegenteile lege die Stelle gerade die entgegengesetzte Vermutung nahe, da der Grund in l 15 cit. ganz anders laute als in l 3 § 3 cit. Dort heisse es „cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse", hier dagegen „quia non sit sub custodia nostra".

Pininski bezieht also den Satz „utpote cum fieri possit, ut nesias etc." auf das possidere und schliesst daraus, dass die Locomotion hier nur von dem Gesichtspunkte des etwaigen Wissens des Grundherrn von Interesse sei; nur die erfolgte Locomotion könne den Beweis liefern, dass derselbe um den Schatz wisse, während er von dem ungehobenen Schatze möglicher Weise gar keine Kenntnis, also auch nicht den faktischen Besitz daran hat.

Diese Erklärung verträgt sich indessen nicht mit dem an das „neque possideres" sich anschliessenden und dasselbe von dem Satze „utpote cum fieri possit, ut nesias etc." trennenden Nachsatze, worin der Mangel des dolosen Nichtbesitzens ebenfalls als Grund der Deficienz der Klage angeführt wird. Das dolose Nichtbesitzen wird allerdings von den römischen Juristen und insbesondere auch von Pomponius dem Besitze bezüglich der Exhibitionsklage gleichgestellt. Aber seine Anziehung hier an dieser Stelle wäre unerklärlich, wenn der Besitz auf dem Wissen fundiert wäre. Denn wie soll danach der Grundherr mit Absicht bewirken, dass er nicht um den Schatz wisse?

§ 7.

Das nescire nach Demelius.

Noch weiter als Pininski geht Demelius (S. 181). Nach ihm ist weder die Sabinische noch die Proculische Ansicht in unserer lex vertreten, sondern kommt es Labeo und Pomponius überhaupt auf den Besitz nicht an. Possidere bedeute hier vielmehr wie noch an anderen Stellen unseres Titels soviel wie facultatem exhibendi habere, und diese facultas mangele hier, weil der Grundbesitzer möglicher Weise von dem Schatze nichts wisse. Die Durchsuchung seines Besitztums, die derselbe vielleicht vornehmen müsste, würde über die gewöhnliche Exhibitionspflicht hinausgehen.

Nun ist es unbestreitbar, dass in unserem Titel von den Juristen fortwährend possidere gleichbedeutend mit facultatem exhibendi habere gebraucht wird. Wir müssen ferner Demelius auch darin beistimmen, dass das Wissen um die zu exhibirende Sache zur Passiv-Legitimation gehört. Beides aber rührt einfach daher, weil eben die facultas exhibendi ausschliesslich auf dem faktischen Besitze sich gründet. Darum können einmal beide Begriffe identificirt werden, soweit die Exhibitionsklage in Betracht kommt. Darum muss auch der Beklagte wissen, dass er die betreffende Sache besitzt. Denn ohne das Wissen ist ein Besitzverhältnis in rechtlichem Sinne bezw. mit rechtlichen Folgen, wie oben bereits angeführt ist, nicht denkbar.*)

Die Lehrbücher des römischen Rechts erwähnen deshalb bei Erörterung der Exhibitionspflicht, als deren Grundlage sie sämtlich die Detention anerkennen, das Moment des Wissens überhaupt nicht als ein besonderes Merkmal der facultas exhibendi. Nur Unterholzner (S. 145) hält es für nötig, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Beklagte auch wissen muss, dass er im Stande sei, der an ihn gemachten Anforderung zu genügen.**)

*) Vgl. Windscheid I § 148 Note 3, Jhering „Der Besitzwille“ S. 21 fg., Brüns S. 435 fg. — Nur das Allgemeine Landrecht hat bekanntlich durch Suarez' Veranlassung auch Besitz ohne Wissen anerkannt.

**) Dass in den uns hier besonders interessierenden Fällen, wo Sachen nur auf dem Grund und Boden des Andern lagern, der Grundherr davon

Insofern wir aber Demelius bezüglich der Notwendigkeit des Wissens beistimmen, werden wir zugleich fragen müssen, warum es den Juristen in l 15 nicht auf den faktischen Besitz ankommen soll, warum man vielmehr erst eine besondere facultas exhibendi konstruieren muss?

Ausserdem aber hebt uns die Demelius'sche Erklärung nicht über das Bedenken hinweg, welches wir oben gegenüber dem Pininski'schen Versuche, das „possidere" in Verbindung mit dem „nescire" zu setzen, geäussert haben. Ein absichtliches Bewirken, die facultas exhibendi nicht zu besitzen, ist undenkbar, wenn diese Absicht sich auf das Wissen richten soll.

§ 8.

Die übrigen Erklärungen.

Ausser den genannten haben sich noch mehrere andere Schriftsteller mit unserer lex beschäftigt, aber mit einer Ausnahme sind diese Erklärungen so gefasst, dass von einer befriedigenden Deutung überhaupt nicht die Rede sein kann.

Geradezu in sich widerspruchsvoll ist die Glück'sche Ausführung (S. 225). Nach ihm kommt es auf den Besitz als die Grundlage der Exhibitionspflicht an, und da der Beklagte den Besitz des Schatzes nicht habe, so deficiere die Klage. Damit wäre die Argumentation hinsichtlich des possidere erschöpft, es bliebe freilich das nescire unerklärt. Nun versucht aber Glück auf eigentümliche Weise das nescire mit dem possidere zu verbinden. Der Grundherr müsse noch besonders um den Schatz wissen und ihn ausgraben, wenn er den Besitz desselben erwerben solle, und zwar gemäss l 3 § 3 D. de acquir. vel am. poss. Nun wäre es ja leicht möglich, dass der Besitzer des Grundstücks von dem in seinem Eigentume verborgenen Schatze garnichts weiss. Er könne also auch den Schatz weder vorzeigen noch herausgeben, ohne ihn erst auszugraben oder ausgraben zu lassen. Eine solche Bemühung oder den dazu er-

weiss, setzen die Juristen als etwas durch die Verhältnisse Gegebenes voraus. Zweifellos geht dies aus l 25 D. act. empti et vend. 19, 1, l 16 D. de praescr. verb. 19, 5 (Pomponius!), l 17 § 6 D. 19, 1 (venditori!) hervor.

forderlichen Kostenaufwand könne man ihm aber auf das blosse noch unerwiesene Vorgeben desjenigen, der den Schatz verlangt, nicht zumuten. Er brauche aber auch nicht zu leiden, dass ein Anderer in seinem Eigentume grabe.

Wir haben die Ausführung Glück's ziemlich wörtlich wiedergegeben, weil der Gedankengang wegen der Sprünge darin schwer darzustellen wäre. Vor allem erscheint die Verbindung des Wissens mit dem Ausgraben völlig unmotiviert. Auch wenn der Grundherr von dem Schatze weiss, wird er ihn ausgraben müssen, sobald er ihn vorzeigen oder herausgeben will. Um das Ausgraben kommt er also auf keinen Fall herum bezw. um die Bemühung und die Kosten, so dass es im Dunkeln ist, welche Rolle Glück ausserdem noch dem Wissen zuweist — abgesehen davon, dass in der lex als Grund der Deficienz das possidere angegeben ist, nicht aber die Bemühung und der Kostenaufwand des Beklagten für die eventuelle Schatzausgrabung. Die Stellung und Bedeutung des dolo facere etc. vollends versucht er überhaupt nicht klar zu machen, begnügt sich vielmehr damit, dass man nicht sagen könne, dass der Grundherr den Schatz arglistig aufgehört habe zu besitzen. Das kann man allerdings dem Grundherrn nicht nachsagen, da er ja überhaupt noch nicht den Besitz des Schatzes erlangt hat; aber man wird doch billig fragen müssen, was Labeo mit einer so banalen und völlig überflüssigen Wendung bezweckt hätte.

Auch Ubbelohde und Brinz stellen das Verhältnis des nescire zu der Entscheidung nicht klar, indem ersterer meint, dass die actio ad exhibendum wegen mangelnder facultas exhibendi cessire, diese facultas aber auch dann mangle, wenn das Wissen auf Seiten des Beklagten vorhanden wäre (S. 377), während Brinz ausführt, dass das effodere hier etwas anderes als das blosse tollere sei (S. 683 Anm. 23 bezw. 21).[16])

Bekker endlich lässt es dahingestellt bleiben (S. 467), ob

[16]) Auch wir sind der Ansicht, wie sie Ubbelohde und Brinz aussprechen, wir vermissen nur bei der Kürze, womit sie dieselbe vertreten, eine die scheinbaren Widersprüche lösende Ausführung. Dass alles andre ausser Locomotion nach dem strengen Rechte nicht helfen kann, das wird keine Erklärung aus der Welt schaffen können. Es fragt sich aber, in welcher Beziehung die weitere Argumentation dazu steht.

die Entscheidung von Labeo in Widerstreit ist mit der von Celsus in l 5 § 3 (sterrus, quod in aream meam congessisti, posse te consequi ut tollas) and Neraz in l 5 § 4 (si ratis delata sit in agrum alterius) sowie Ulpian in l 3 § 15, l 5, welch' letztere Stellen wir bereits oben (S. 17, 18) erörtert haben.

§ 9.

Dolus und nescire.

Die Schwierigkeiten, denen wir begegnet sind, lösen sich auf das Einfachste, wenn man den Satz „utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse", allein mit dem Satze in Verbindung bringt, an den er sich unmittelbar anschliesst, „neque dolo feceris, quominus possideres". Dieser letztere Satz ist unseres Dafürhaltens sogar die Pointe der lex; es hat den Anschein, als ob die lex vorzüglich zur Illustration dieses Punktes dienen soll. Ist doch der Jurist, welcher die Entscheidung hier getroffen hat, derjenige unter den römischen Rechtslehrern, welcher den Gedanken der Gleichstellung des dolo facere quominus possideres mit dem possidere am eifrigsten durchgeführt hat.[17]) Hat doch ferner der Jurist, welcher Labeo's Entscheidung zu der seinigen macht, sich mit der Anwendung dieses Prinzipes gerade auf die Exhibitionspflicht in nicht geringer Weise beschäftigt, wie l 7 § 5 § 6, l 9 § 1, l 14 D. h. t. zeigen.

Es scheint auch, als ob die Compilatoren der Ansicht waren, dass das dolo facere hier eine Hauptrolle spielt, indem sie die lex unmittelbar an l. 14 anknüpften, in welcher nur auf dem dolus die Exhibitionspflicht durch Pomponius begründet wird.

Unsere lex bietet nun hinsichtlich dieses Punktes ein ganz eigenartiges Beispiel, insofern es den Begriff des dolo facere quominus possideres nicht in seiner gewöhnlichen Beschränkung auf das dolo desinere possidere, sondern in der weitesten Grenze darstellt. Da der Schatz noch garnicht in die possessio des Grundherrn gelangt ist, so kann von einem dolo desinere possidere, wie schon oben bemerkt, keine Rede sein. Vielmehr meint Labeo,

17) Vgl. Demelius in dem Abschnitte „dolo desinere possidere".

das Nichtvornehmen der Locomotion könnte als dolo facere quominus possideres angesehen werden, wenn der Grundherr Kenntnis davon gehabt hätte, dass der Schatz sich in seinem Grundstücke befinde. Da er aber möglicher Weise diese Kenntnis nicht besitzt, so kann ihm auch die Absicht, auf die es ankommt, nicht nachgewiesen werden. Das nescire bezieht sich also ausschliesslich auf den dolus, wie auch Klein (S. 4 Anm. 8) ausführt.

Dass aber in der That unter dem dolo facere quominus possideres nicht bloss das dolo desinere possidere — was allerdings das Gewöhnliche ist — einbegriffen ist, sagt Ulpian ausdrücklich bei Gelegenheit der Erklärung des senatus consultum Iuventianum, wodurch bekanntlich das Prinzip der ficta possessio bei der hereditatis petitio eingeführt wurde. In l 25 § 8 D. eod. (5,3) bemerkt er:

> „is qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur. accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere.

Man könnte allerdings fragen, ob der Grundherr, selbst wenn er Kenntnis vom Schatze hat, notwendiger Weise in böser Absicht die Locomotion unterlassen hat. Indessen sind die Römer in der Annahme, dass ein dolus vorliegt, hinsichtlich der ficta poss. ziemlich weit gegangen. Dies beweist klar l 9 § 4 D. h. t. Dort ist nichts davon gesagt, dass der wegen Entäusserung des Besitzes auf die Exhibitionsklage Haftende sich thatsächlich in der Absicht des Besitzes entäussert hat, um dadurch dem klägerischen Anspruche zu entgehen. Es wird vielmehr nur angenommen, (quasi dolo fecerit), dass er diese Absicht gehabt hat, und die Annahme fällt dort ebenfalls nur dann fort, wenn der Beklagte das betreffende Wissen nicht gehabt hat.

So muss auch in unserem Falle angenommen werden, dass der Grundherr, falls er trotz Kenntnis vom Schatze denselben ruhen liess, mit diesem ungewöhnlichen Verfahren nur die Absicht hatte, dem Exhibitions- bezw. Eigentumsanspruch des Schatzherrn aus dem Wege zu gehen.[18])

[18]) Bei dem unredlichen Besitzer ist nach der herrschenden Meinung mit Recht nicht einmal die Absicht, sich dem klägerischen Anspruche zu ent-

III. Teil.

§ 10.

Iudicium vel interdictum.

Die Lücke, welche offenbar das strenge Recht hier lässt, wird durch die aequitas ausgefüllt. Labeo konstruiert eine besondere Formel für ein Rechtsmittel, durch welches der Eigentümer des Schatzes ermächtigt wird, sich selbst an die Ausgrabung zu machen und den ausgegrabenen Schatz mit sich zu nehmen.

Dies Rechtsmittel erscheint in zweierlei Gestalt, als iudicium und als interdictum. Aber nur die Fassung des letzteren ist von Labeo in unserer lex ausgeführt worden. Nun hat freilich überhaupt der Unterschied zwischen interdictum und iudicium vom Standpunkte des Corpus iuris nicht mehr eine praktische Bedeutung, aber wir können uns nicht mit Demelius begnügen, dies zu registrieren (S. 183), sondern sind der Meinung, dass der Unterschied so gewürdigt werden muss, wie ihn Labeo verstanden hat.

Das Interdictum hat im Edikte kein Muster, nur der Wortlaut ist, worauf Schmidt (S. 24) aufmerksam macht, dem interdictum de ripa munienda nachgebildet,[19]) während das iudicium zweifellos eine actio in factum est.[20])

ziehen, nötig, sondern genügt es, wenn der Wille, sich des Besitzes zu entäussern, vorhanden gewesen ist. (Vgl. Windscheid Bd. I § 193 Note 8). Anders jedoch bei dem redlichen Besitzer, geschweige bei dem, welcher den Besitz noch garnicht ergriffen hat. Dort wird stets die böse Absicht in Betracht gezogen werden müssen. Auch in l 9 pr. D. h. t. ist dies der Fall (ne haberi possit), während ein Grund zu der Annahme, dass die lex von einem unredlichen Besitzer spricht, nicht vorliegt.

[19]) l 1 pr. D. de ripa munienda D. 43, 16: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere . . . liceat, . . . si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitratu vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitratu caveatur vel satisdetur, vim fieri veto.

[20]) Vgl. Brinz Bd. II, S. 683 Anm. 23, Unterholzner II § 371, Ubbelohde S. 343.

Was hat nun Labeo veranlasst, die Fassung des letzteren zu übergehen? Schmidt (S. 24[2]) sieht den Grund darin, dass dieselbe einfacher als die des interdictum sei. Hinsichtlich der Einfachheit besteht indessen kaum ein wesentlicher Unterschied. Vielmehr dürfte Labeo dem Interdicte um deswillen den Vorzug gegeben haben, weil es wegen seiner grösseren praktischen Brauchbarkeit von dem Kläger hauptsächlich angewendet würde. Das Interdikt erzielt nämlich eine Beschleunigung des Verfahrens, welche in unserem Falle von ganz besonderer Bedeutung ist. Denn sobald der Schatzeigentümer sein Geheimnis durch den Rechtsstreit öffentlich preisgegeben hat, läuft er Gefahr, wie auch Ubbelohde hervorhebt (S. 3767), dass bis zur Erledigung des Streites der Schatz von Unbefugten gehoben wird, da das Geheimnis allein es war, welches denselben bisher gesichert hat. Das Interdikt nun gewährt dem Eigentümer die Berechtigung, sofort die Ausgrabung vorzunehmen und so jener Gefahr vorzubeugen. Das iudicium dagegen macht auf alle Fälle einen längeren Prozess nötig, dessen erster Verhandlungstermin vielleicht erst auf Wochen anberaumt werden kann, selbst wenn man Ubbelohde darin beistimmt, dass dasselbe nicht an die Sitzungsperiode der Geschworenengerichte, den rerum actus, gebunden gewesen ist (S. 3767), und zwar nach Analogie der actio ad exhibendum.[21])

Allerdings könnte, auch nachdem der Schatzeigentümer das Interdikt gewählt hat, der Grundherr es doch zu einem iudicium bringen, indem er die vis, die ihm untersagt wird, anwendet. Und dies könnte er ohne jede Mühe oder Gewalt bewirken, indem schon das blosse Untersagen vis sein würde, insofern es den Andern in rechtlichen Nachteil versetzt.[22]) Indessen würde es sich immerhin für den Schatzherrn empfehlen, das Interdikt zunächst zu gebrauchen. Er versetzt dadurch den Grundherrn in eine weit ungünstigere Position, als wenn er gleich im ordentlichen Prozesse gegen ihn vorgeht. Im Unterliegungsfalle nämlich müsste derselbe die poena sponsionis zahlen, und die Besorgnis

[21]) Vgl. auch l 1 pr. D. h. t. Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est.

[22]) Vgl. Ubbelohde S. 210 f.

davor dürfte ihn, wie Ubbelohde (S. 376) sehr richtig hervorhebt, dazu veranlassen, ohne weiteres dem Interdikte Folge zu leisten, zumal er ja einen pekuniären Schaden infolge der cautio des Impetranten nicht zu gewärtigen hat (vgl. folgenden §).

§ 11.

Cautio damni infecti.

Wenn einerseits die Billigkeit fordert, dass der Eigentümer des Schatzes den Besitz desselben wiedererlangt, so macht sie aber auch andererseits Schutz des Grundherrn gegen den Schaden, der ihm durch die Ausgrabung entstehen kann, zur Notwendigkeit. Dem wird durch die cautio damni infecti Genüge gethan.

Man hat hier nicht an die cautio damni infecti zu denken, welche die römischen Juristen zur Abwendung des Schadens, der durch den Einsturz schadhafter Gebäude droht, geschaffen haben. Hier handelt es sich nicht um aedes vitiosae, sondern operis nomine wird die Caution geleistet, und zwar hat man, wie auch Burckhard (S. 163) bemerkt, unter dem opus hier natürlich nicht, was es ebenfalls bedeuten kann, eine bleibende Anlage, sondern die von dem Schatzherrn vorzunehmende Arbeit zu verstehen. Auch in den übrigen Fällen, wo der Grundherr zulassen muss, dass Fremde von seinem Grundstücke die ihnen gehörigen Sachen abholen, ist diese Caution stets Vorbedingung der actio ad exhibendum (welche dort ja vorzüglich in Anwendung kommt), wie l 5 § 4 D. h. t., l 7 § 2 D. de damno inf. 39,2 zeigen. Es ist also nur folgerichtig, dass sie in unserer lex bei einem Rechtsmittel, welches die actio ad exhibendum ersetzen soll, ebenfalls zur Bedingung gemacht wird.[23])

Die Wirkung der Nichtleistung der Caution ist in unserem wie in den analogen Fällen die Abweisung des Klägers, gemäss der Exceptionsform, in welcher die Cautionsforderung auftritt. In dem Falle des Baueinsturzes dagegen tritt der Cautionsforderer als Kläger auf und erwirkt im Verweigerungsfalle missio in possessionem, von welcher hier naturgemäss nicht die Rede sein kann.

[23]) Vgl. auch l 9 § 1 D. de damno inf. 39, 2 und l 9 § 1 D. h. t.

Hier wie dort aber wird die Caution im Gewande der Stipulation geleistet.[24]) Die Formel würde in unserem Falle etwa so lauten: si quid ob eam rem, quod thesaurus effodiretur, tolleretur, exportaretur, damnum datum sit, quanti ea res sit, tantam pecuniam mihi dare spondesne? (Burckhard S. 491). In dem Falle der aedes vitiosae würde allerdings noch eine Frist für die Wirksamkeit der Stipulation gesetzt werden, was hier jedoch überflüssig ist: das opus darf überhaupt nicht angefangen werden, ehe die Stipulation erfolgt ist.

§ 12.

Calumnieneid.

Mit wenigen Worten hat Labeo auch die Beweisfrage geregelt. Der Kläger soll den Calumnieneid leisten. Der Wortlaut lässt nun unseres Erachtens kaum eine andre Deutung zu, als dass dies das einzige Beweismittel sein soll. Die Thatsache „thesaurus meus in tuo fundo est" kann Labeo doch nicht als von vornherein feststehend ansehen, da ja sonst der Calumnieneid keinen Sinn hätte. Wenn der Jurist also als Beglaubigung dafür den Calumnieneid fordert, ohne auch nur anzudeuten, dass etwa noch andere Beglaubigungsmittel beizubringen sind, so ist klar, dass er sich mit diesem einen begnügt.

Dieser Ansicht sind denn auch die Mehrzahl der Schriftsteller. Bereits die Glossatoren waren für ausschliessliche Anwendung des Calumnieneides, und zwar überhaupt in allen Exhibitionsfällen. Die in l 3 § 9 D. h. t. geforderte „summarische Cognition" gipfelte nach ihnen für diese Fälle in dem Calumnieneid. Schon Azo vertrat diesen Standpunkt, indem er lib. III tit. 42 n. 12 ausführte: „Et satis est, si summatim, id est semiplene doceat sua interesse rem exhiberi, ut. D. eod. l 3 § sciendum. Et in hac semiplena probatione non est opus testibus vel instrumentis, sed satis est, quod iuro non calumniae causa me postulare exhibitionem, ut D. eod. lex thesaurus. —

[24]) Vgl. Burckhard S. 473 fg., Windscheid S. 659. Die gemeine Praxis hat sich freilich im Hinblick auf die zweifelhafte Existenz des Schatzes zum Teil für Realcaution entschieden, vgl. Seuffert Bd. 4 Nr. 11, Holzschuher S. 1081.

Offenbar in Anlehnung daran sagt die Glosse (gl. summatim ad l 3 § 9 D. h. t.) summatim quod fiet, si solum iuravit actor sua interesse, statim enim exhibebitur ei, ut infra eod. lex thesaurus etc.[25])

Ebenso ist Glück (S. 224) und vor allem Wetzell (S. 305) für die Ausschliesslichkeit des Calumnieneides in unserer lex, und zwar Wetzell, ähnlich wie die Glosse, aus prinzipiellen Gründen. Es kommt, so führt er mit Recht aus, bei der summarischen Cognition eigentlich nur darauf an, festzustellen, dass der Implorant nicht leichtfertig und aus Chikane die seinem Gesuche zu Grunde liegenden Thatsachen behaupte, und neben anderen nicht genauer spezialisirten Beweismitteln wird deshalb in den Gesetzen ausdrücklich auch der Calumnieneid gestattet.[26]) Wo aber der Calumnieneid auftritt, da erfordert er weitere Beweismittel nicht, wie l 13 § 3 de damno inf. beweist.

> „Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet, . . et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat" etc.

Bethmann-Hollweg ferner hält ebenfalls dafür, dass der Richter sich meistens durch die summarische Cognition nur Gewähr gegen die Calumnia einer Partei verschafft (Bd. III S. 344), und sogar Briegleb (S. 380), welcher bei der summarischen Cognition vollen einseitigen Beweis des Klagegrundes verlangt, schliesst sich den Glossatoren an, indem nach seiner Ansicht überall, wo die entscheidende Thatsache in der bona fides beruht, das naturgemässe Mittel eines prima facie vollen Beweises der Calumnieneid ist.[27])

[25]) Ausser bei den Exhibitions- wollte die Glosse auch noch bei der Cautionsklage den Calumnieneid in gleicher Weise angewendet wissen (vgl. glossa sum. ad l 3 § 1 D. ut in leg. poss. 36,4). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob man daraus etwa auf eine Generalisirung des Calumnieneides, als des Charakteristikums der summarischen Cognition, von Seiten der Glosse schliessen darf, wie Wetzell (S. 305) und Demelius (S. 165) wollen, oder ob die Glosse sich auf diese beiden Fälle beschränkt hat, wie Wach S. 139 meint.

[26]) Vgl. u. a. l 6 § 2, l 9 § 3 D. de edendo II, 13, l 15 § 1 D. de reb. auct. iud. poss. 42, 5, l 5 § 4 D. de op. nov. nunt. 39, 1.

[27]) Bezüglich des interdictum de tab. exhib. ist auch Muther (S. 174) für die eventuelle Ausschliesslichkeit des Calumnieneides.

Alle diese Schriftsteller wollen mit Recht nicht gerade als einziges Mittel der summarischen Cognition den Calumnieneid in den gedachten Fällen gelten lassen, wozu allerdings die Glossatoren aus praktischen Gründen hinzuneigen scheinen, aber als ein hauptsächliches und zum mindesten da, wo er auftritt, allein genügendes.

Im Gegensatze dazu vertritt Demelius (S. 166) die Ansicht, dass der Calumnieneid weder in unserer lex noch schlechtweg in allen Fällen der Exhibition den Beweis ersetzen soll; die Besonderheit unseres Falles erfordere denselben vielmehr nur als Zuthat, als Vorsichtsmassregel; der Beweis in l 15 dafür, dass der Kläger ein Interesse an der Ausgrabung habe, solle durch den Eid nicht ersetzt, sondern nur ergänzt werden.[28])

Die Besonderheit des Falles begründet Demelius erstens mit dem besonders lästigen Eingriff in das Eigentumsrecht, der hier vorliegen soll, zweitens damit, dass die exhibendi facultas, die sonst festgestellt sein müsse, nicht bestimmt bewiesen werden könne.

Was indessen den ersten Punkt anlangt, so muss man den pekuniären Schaden, den der Eingriff eventuell verursacht, und die Chikane, die der Kläger bei Gelegenheit seiner Arbeit dem Grundherrn vielleicht zufügen kann, auseinander halten. Für den Schaden steht die Caution, und je mehr Stücke des Hauses oder Feldes aufgegraben und durchwühlt werden, desto grösser sind die Kosten, welche der Kläger sich selbst macht. In dieser Richtung wäre also eine besondere Vorsichtsmassregel neben der Caution überflüssig. Die Chikane aber hängt so sehr von den speziellen Umständen und Personen ab, dass sich ihr Mass von vornherein garnicht fixieren lässt; nur die Möglichkeit, dass sie in allen diesen Fällen vorliegt, ist ins Auge zu fassen. Warum soll nun aber die Möglichkeit hier eine grössere sein, als wenn Mist oder Schutt abgefahren wird (l 5 § 3 § 5 D. h. t.)?

[28]) Wach (S. 139) meint, die Verallgemeinerung des Calumnieneides auf andre Fälle der summarischen Cognition sei durch eine verkehrte Auffassung unserer lex entstanden. Er sagt damit nicht gerade, dass derselbe hier nicht das ausschliessliche Beweismittel ist, scheint vielmehr nur gegen eine Ausdehnung über diesen speziellen Fall zu sein.

Noch weniger aber kann man der Behauptung beistimmen, welche Schmidt (S. 25) aufstellt, dass das Aufgraben des Ackers mehr Gelegenheit zur Chikane gebe, als das Durchsuchen eines fremden Hauses nach dort verborgenen Sachen gemäss l 9 § 11 D. de damno inf. In Bezug auf die Möglichkeit von Chikane liegt vielmehr genau das gleiche Verhältnis vor.

Was nun den zweiten Einwand von Demelius betrifft, dass die exhibendi facultas hier nicht bewiesen werden könne, so hat die exhibendi facultas mit dem neu geschaffenen Rechtsmittel ja nichts zu thun. Diese Frage scheidet nunmehr gänzlich aus. Dieselbe steht überhaupt mit der summarischen Cognition bezw. dem Calumnieneide in keiner Beziehung. Die facultas exhibendi muss, wie Demelius selbst sagt, strikt bewiesen werden,[29]) die summarische Cognition dagegen erstreckt sich nur auf das Interesse des Klägers (l 3 § 9 D. h. t.). Letzteres kommt bei unserem interdictum bezw. iudicium allein in Betracht, welche beide unabhängig von der facultas exhibendi des Beklagten dem Kläger gewährt werden. Warum nun dies Interesse nicht vollauf durch den Calumnieneid beglaubigt werden soll, ist nicht einzusehen.

Dass aber Labeo andere Beglaubigungsmittel als den Calumnieneid nicht ins Auge fasst, ist darin begründet, dass einmal der Calumnieneid dasjenige Mittel ist, welches am kürzesten beigebracht werden kann, was bei der Notwendigkeit eines beschleunigten Verfahrens von grosser Wichtigkeit ist, und dass zweitens der Kläger in den wenigsten Fällen andre Beweise wird beibringen können, da Schätze gewönlich ohne Zeugen vergraben werden.[30])

---

[29]) Falls Exhibition verweigert wird, tritt Condemnation zum Ersatz des Interesses ein, darum strikter Nachweis der exhibendi facultas. Hier aber kommt diese Condemnation nicht in Frage.

[30]) Auf Demelius' Standpunkt steht auch Holzschuher (S. 1078), indem er verlangt, dass das Interesse des Schatzeigentümers noch einigermassen wahrscheinlich gemacht werde. Eine vermittelnde Stellung nimmt Pagenstecher ein (S. 204), welcher den Eid „als das Mindeste" fordert. So auch die Entscheidung des O. A. G. zu Dresden bei Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 10. Offen lässt die Frage Windscheid, auch bezüglich der Ausdehnung auf alle Exhibitionsfälle (§ 474 Note 10).

Demelius erhebt nun aber aus l 3 § 13 D. h. t. den Einwand, dass die Feststellung der Exceptionen, welche dem Beklagten bei der summarischen Cognition zustehen, keinen Sinn hätte, wenn die Interessenfrage durch den Calumnieneid „abgeschnitten" würde. Nun ist ja aber garnicht von uns behauptet worden, dass der Calumnieneid die einzige Art der Beglaubigung, sondern nur, dass er eins von mehreren ist. Aber selbst wenn man nur den Calumnieneid anwenden würde, wie es die Praxis der Glossatoren war, selbst dann kann der Beklagte Einreden gegen das angebliche, durch den Eid zu beweisende Interesse machen und eventuell bewirken, dass dem Kläger der Eid nicht auferlegt, die Klage vielmehr zurückgewiesen wird. Der Eid schneidet die Interessenfrage nicht ab, sondern löst sie wie andre Beweismittel und muss daher, wenn auf der gegnerischen Seite bessere vorhanden sind, cessiren.

Von dem gleichen Gesichtspunkte vesschwindet auch das Bedenken, das Demelius in Ansehung der l 5 § 2 ut leg. serv. D. 36, 3 äussert. Die lex führt aus, dass wenn jemand die Aussetzung eines bedingten oder befristeten Legates für sich behauptet, er nur dann vom Erben Caution erwirken könne, „si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit". Daraus schliesst Demelius, dass sogar da, wo durch magistratliche Untersuchung Garantie gegen Calumnia gewonnen werden soll, keineswegs der Calumnieneid genüge. Indessen deficirt derselbe aus dem Grunde hier, weil ein besseres Beweismittel in Betracht kommt. Entweder ist das betreffende Schriftstück vorhanden, dann lässt sich auf die beste Weise ersehen, ob die klägerische Behauptung einen Rückhalt hat, oder ein solches Schriftstück existiert gar nicht, dann würde der Kläger auch nach Eintritt der Bedingung oder des Termins sein angebliches Recht nicht durchsetzen können, hätte somit jetzt auch kein Interesse an der Cautionsleistung.

Endlich beruft sich Demelius gerade auf l 13 § 3 D. de damn. inf., welche Wetzell für seine Ansicht herbeizieht. Daraus nämlich, dass dort der Calumnieneid ausdrücklich als alleiniges Beweismittel genannt wird, macht Demelius ein argumentum e contrario für die sonstige Natur dieses Eides als blosser Zuthat

geltend. Es ist jedoch ganz klar, warum der Jurist dort ausdrücklich andre Beweismittel, wie das der Nähe von Gebäuden, auszuschliessen für nötig hält. Dieselben liegen nämlich überaus nahe, so dass sie vor dem Calumnieneide an und für sich den Vorzug verdienen. Nur, weil „res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur" (l 1 eod.), verzichtet Ulpian auf jene Beweismittel überhaupt und lässt allein das kürzeste zu. Ähnlich in unserer lex, nur dass daselbst der Calumnieneid auch ohnedies in erster Linie in Frage kommt, weshalb Labeo keinen Anlass hatte, etwaige andere Beweismittel besonders auszuschliessen.

Lebenslauf.

Ich bin am 9. November 1867 zu Perleberg (Mark Brandenburg) als Sohn des Kaufmanns Moritz Broh und seiner Ehefrau Mary geb. Jacobsen geboren.

Ich besuchte die Realschule I. Ordnung meiner Heimatstadt bie zur Tertia. Ostern 1881 zog ich mit meinen Eltern nach Berlin, wo ich das Friedrichsgymnasium bis zur Unterprima besuchte. Die Oberprima absolvierte ich auf dem Gymnasium zum Grauen Kloster, und bestand sodann Ostern 1887 daselbst das Abiturienten-Examen.

Von da bis Ostern 1891 studierte ich auf der Berliner Universität, und zwar insbesondere Jura und Cameralia. Meine Lehrer waren die Herren Professoren Brunner, Dernburg, Gneist, Goldschmidt, Hermann Grimm, Hinschius, Kohler, Meitzen, Paulsen, Pernice, Rubo, Schmoller. Diesen Herren spreche ich hiermit meinen Dank aus.

Im Sommer 1891 bestand ich am Kgl. Kammergericht das Referendar-Examen und bin seit October 1891 im preussischen Justizdienst als Referendar thätig.

Berlin, September 1892.

Dr. Broh.